

TRA ARBITRARIETÀ E RAGIONEVOLEZZA RIFLESSIONI ANALITICHE DI TEORIA POLITICA E GIURIDICA

MASSIMO CUONO

DEIS – Dipartimento di economia, istituzioni e società
Università di Sassari

massimocuono@gmail.com

1. Introduzione 2. Cinque possibili significati di «ragionevolezza» 3. Il governante immorale: bilanciamento e decisione corretta 4. Il governante inflessibile: bilanciamento e ragione argomentativa 5. Neocostituzionalismo e oggettivismo etico

J'ai l'amour de la raison, je n'en ai pas le fanatisme, répondit Brotteaux. La raison nous guide et nous éclaire; Quand vous en aurez fait une divinité, elle vous aveuglera et vous persuadera des crimes.

Antole France, *Les dieux ont soif*

Si è soprattutto fatto un grande uso del termine «ragionevolezza», per il suo indubitabile potere consolatorio. Nessuno sa cosa voglia dire, ma è rassicurante pensare che, se non si può essere razionali, almeno si è ragionevoli.

Flavio Baroncelli, *Etica e razionalità*

1. Introduzione

«Ragionevolezza» – sembra superfluo rilevarlo – è un termine usato e abusato del linguaggio giuridico contemporaneo, spesso utilizzato da giudici e giuristi come *chiave di volta* per comprendere – cito da una monografia sul tema – «la tessitura logica (non deduttiva) e la natura politica del sindacato di legittimità *tout court*»¹.

Il ricorso a tale concetto sembra richiamare in causa il millenario dibattito sul rapporto fra *ratio* e *voluntas* (o *potestas*, nella più specifica variante politico-giuridica): *stat pro ratione voluntas* secondo Leibniz «è propriamente il motto di un tiranno»². Il tiranno, insomma, è colui che si comporta in modo da sostituire la propria volontà alla ragione, in molti diversi significati. Da qui la vasta letteratura sul problema

¹ G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000, p. 23.

² G.W. Leibniz, *Si la justice est arbitraire* (1703), tr. it. *Se la giustizia sia arbitraria*, in Id., *Scritti politici e di diritto naturale*, Utet, Torino 1951, p. 213

dell'arbitrarietà del potere³ come quella caratteristica propria del governante che si comporta *liberamente*⁴ senza le «leggi» e i «freni» di cui parlava Montesquieu.

Immaginare la ragione come un argine all'arbitrio del potere ci induce a ripensare – restringendo il campo – la nozione stessa di ragione, anch'essa utilizzata nel linguaggio comune e in quello della teoria in un'ampia varietà di accezioni: ragionare può significare calcolare, ordinare, riconoscere o costruire regolarità, valutare l'adeguatezza fra mezzi e fini, generalizzare, universalizzare, tenere a freno le emozioni, ma anche pensare abbandonando dogmi e superstizioni, insomma «pensare da sé», secondo la massima kantiana dell'illuminismo⁵.

Il pensiero giusnaturalista (almeno) moderno risolve questo complesso rapporto optando per l'indiscussa superiorità della ragione legislatrice sulla volontà del governante, in quanto la prima sarebbe in grado di discriminare – con metodo non dissimile da quello scientifico – il giusto dall'ingiusto in materia morale.

Secondo John Locke:

da proposizioni evidenti di per se stesse, mediante conseguenze necessarie, non meno inconfutabili di quelle della matematica, si potrebbe trarre tutte le misure del giusto e dell'ingiusto, se qualcuno dovesse applicarsi a questa scienza con la medesima imparzialità e attenzione che pone nell'altra⁶.

Abbandonati, oggi, sogni giusnaturalisti tanto ambiziosi, il dibattito sui limiti al potere imposti dalla «ragione» non si è sopito. Non è un caso che il termine «ragionevolezza» ricorra frequentemente sia nella teoria politica normativa – basti, su tutti, citare Rawls e Habermas – sia nella teoria dell'interpretazione giuridica di stampo ermeneutico o, si direbbe oggi, neocostituzionalista, da Perelman a MacCormick, da Aarnio ad Alexy, da Zagrebelsky ad Atienza.

Lo scopo di questo lavoro consiste nella ricostruzione di diversi possibili significati di «ragionevolezza» degli atti del potere e nell'analizzare in profondità quelli più caratteristici del pensiero neocostituzionalista al fine di valutarne gli impatti sul modello dello stato di diritto.

2. Cinque possibili significati di «ragionevolezza»

Propongo di seguito cinque possibili significati *ex negativo* di ragionevolezza degli atti del potere, a partire da altrettante figure di governante che sostituisce il proprio volere a quello dettato dalla ragione.

³ Mi permetto di rimandare a M. Cuono, *Sul potere arbitrario. Esercizi di ridefinizione*, in «Teoria politica», n.s., Annali I, 2011.

⁴ Si noti che l'arbitrio come «facoltà di scegliere e giudicare autonomamente» (A. De Giorgi, *Arbitrio*, in *Le parole della filosofia contemporanea*, a cura di L. Floridi e G.P. Terravecchia, Carocci, Roma 2009, p. 26) è frequentemente connotato negativamente quando riferito al potere, mentre se ne parla in termini neutri o positivi in altri contesti, come ad esempio nella letteratura sul «libero arbitrio».

⁵ I. Kant, *Kritik der Urteilskraft* (1790), tr. it. *Critica della facoltà di giudizio*, Einaudi, Torino 1999, §40, p. 130. Le tre massime del senso comune sono enunciate da Kant anche nell'*Antropologia Pragmatica* (*Anthropologie in pragmatischer Hinsicht* [1798], tr. it. Laterza, Roma-Bari 2001, § 43, p. 87 e § 59, p. 117).

⁶ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), tr. it. *Saggio sull'intelletto umano*, UTET, Torino 1971, p. 663.

a. *Irragionevole come stolto*. Il primo caso riguarda il problema della razionalità in senso stretto. Alla domanda «in che senso i governanti si comportano razionalmente» si potrebbe rispondere «nel senso che hanno dei bisogni, dei gusti, dei valori, dei fini, e scelgono dei mezzi che ragionevolmente possono – anche a chi non condivida i fini – sembrare idonei allo scopo. Con l'ovvia fallibilità delle cose umane»⁷. Si tratta di una concezione puramente strumentale della razionalità come adeguatezza dei mezzi ai fini: «se vuoi x allora devi y »⁸. Il sovrano *stolto* è colui che non usa la ragione per mettere in relazione fini e mezzi del proprio operato, ignorando il *vincolo prudenziale* hobbesiano che, nello stato civile, vale tanto per i sudditi che rispettano la legge nel timore della sanzione, quanto per il sovrano che rispetta la legge naturale nel timore di perdere il trono, rischiando così di gettare lo stato nel caos. Al di là dei giudizi di valore che se ne possono dare, la campagna di Russia di Napoleone, così come quella di Hitler, furono «errori di calcolo» strategico.

b. *Irragionevole come iniquo*. L'antichissimo problema dell'equità trova la sua prima sistematizzazione concettuale nell'Etica nicomachea di Aristotele dove l'*epieikeia* viene definita come la «stampella della giustizia nei casi concreti»⁹. Un esempio: nel 1991 arrivò di fronte alla Corte costituzionale il caso di un medico di una USL di Genova che si era visto calcolare la liquidazione in base all'ultimo anno di attività in cui aveva prestato servizio ridotto, senza tener conto della maggiore retribuzione percepita in precedenza. La Corte accolse l'eccezione presentata dal pretore di Genova che, invocando il principio di equità, mostrava come nel caso specifico si fosse creata una situazione di *disparità*¹⁰ e quindi una violazione della (regola di) giustizia. La norma in oggetto, infatti, riconosceva la stessa indennità in base all'ultimo anno di lavoro a diversi soggetti senza tenere conto del tempo lavorato in precedenza. Questo è un caso di risultato «iniquo» (specificamente ingiusto) dovuto alla creazione di una disparità di trattamento in seguito all'applicazione della medesima norma a casi concreti differenti. L'equità¹¹ – *epieikeia* in greco, *aequitas*

⁷ F. Baroncelli, *Razionali, troppo razionali. Lo scontro tra mito e ragione nell'analisi delle elezioni americane*, in «diario», 26 novembre 2004, p. 36. In *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale* (Giappichelli, Torino 2008), Giorgio Maniaci ricostruisce un concetto di razionalità pratica *formale e limitata*, dove per «formale» intende l'analisi dei mezzi e mai dei fini dell'azione e per «limitata» si intende il fatto che tali mezzi non devono considerarsi sempre ottimali, quanto piuttosto sufficienti.

⁸ Ciò è indipendente dalla teoria epistemologica relativa all'antecedente x . Sulla distinzione fra regola tecnica (gli *imperativi ipotetici tecnici* kantiani o regole dell'abilità) e regola pragmatica (gli *imperativi ipotetici pragmatici* o consigli della prudenza) si vedano, tra gli altri, A.G. Conte, *Materiali per una tipologia delle regole*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 15, 1985; G.M. Azzoni, *Cognitivo e normativo: il paradosso delle regole tecniche*, FrancoAngeli, Torino 1991; G. Gometz, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Ets, Pisa 2008.

⁹ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1137b.

¹⁰ 421/1991.

¹¹ Si vedano, ad esempio, *Equity in the World's Legal System*, edited by R.A. Newman, Edinburgh University Press, Edinburg 1974; AA.VV., *Equità*, Giuffrè, Milano 1975; P. Pinna Parpaglia, *Aequitas romana ed Epieikeia aristotelica nella dottrina romanistica*, Gallizzi, Sassari 1969; Id., *Aequitas in libera republica*, Giuffrè, Milano 1973; F. D'Agostino, *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*, Giuffrè, Milano 1973; Id., *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino 1977; F.W. Maitland, *Equity: A Course of Lectures* (1909), tr. it. *L'equità*, Giuffrè, Milano 1979; V. Lundstedt, *Law and Justice*, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1952; C.K. Allen, *Aspects of Justice*, Stevens, London 1958, pp. 56ss.; G. Ciulei, *L'équité chez Ciceron*, Hakkert, Amsterdam, 1972; G.M. Chiodi, *Equità: la categoria regolativa del diritto*, Guida, Napoli 1989; Id., *Equità: la regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino 2000; *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, a cura di L. d'Avack, F. Riccobono, Guida, Napoli 2004; *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, edited by D. Carpi, Winter, Heidelberg 2007; M. Barberis, *Equità*, in «il Mulino», 2, 1986, pp. 304-312; Id., *Tutta un'altra storia*.

nella traduzione ciceroniana¹² e *equity*¹³ nella tradizione inglese – richiama ad un istituto giuridico che permette al giudice di discostarsi dalla legge nel caso in cui produca effetti che appaiono (immediatamente? intuitivamente?) inaccettabili, in quanti *ingiustificabili*. Non si tratta dunque dei giudizi del Cadì o di Salomone, i cui proverbi servono «per conoscere la sapienza e la disciplina, per capire i detti profondi, per acquistare un'istruzione illuminata, equità, giustizia e rettitudine, per dare agli inesperti l'accortezza, ai giovani conoscenza e riflessione»¹⁴ e neanche del giudice «di capacità, cultura pazienza e ingegno sovraumani»¹⁵ descritto da Dworkin, e chiamato col fantasioso nome di Ercole. Si tratta piuttosto di un istituto giuridico che permette al giudice di non attenersi al mero dettato della legge e sul quale restano ancora attuali le parole polemiche di John Selden secondo il quale «fare della coscienza del Cancelliere il criterio dell'*equity* è come fare del piede di ciascun Cancelliere la misura di lunghezza»¹⁶.

c. Irragionevole come discriminante. Il significato più comune – tanto nella teoria quanto nelle sentenze delle corti – dell'espressione ragionevolezza della legge rimanda alla violazione del principio di eguaglianza. La costruzione da parte del legislatore delle fattispecie giuridiche attraverso equiparazione e differenziazione di classi logiche¹⁷ costituisce una delle attività fondamentali del diritto: diceva Carlo Esposito che «trattare allo stesso modo il ladro e il gentiluomo sarebbe eliminare il diritto». È opinione diffusa, però, che il confine fra differenziazione e discriminazione consista nella presenza di una qualche «ragione sufficiente»¹⁸ – di qui, tramite il concetto di *ratio legis*, il ricorso all'espressione ragionevolezza – alla differenza di trattamento, pena la violazione della regola di giustizia che prescrive di trattare gli eguali in modo eguale e i diseguali in modo diseguale. Hart la spiega in questo modo:

di un uomo colpevole di enorme crudeltà verso il proprio bambino di dirà spesso che ha fatto qualcosa di *male*, di moralmente *cattivo*, o anche di *malvagio* [...]. Ma sarebbe strano criticare la sua condotta come *ingiusta*. [...] La parola «ingiusto» diventerebbe appropriata se quell'uomo avesse arbitrariamente scelto uno dei suoi bambini per una punizione più severa di quella inflitta agli altri colpevoli della

Equity, diritto e letteratura, in «Etica & Politica / Ethics & Politics», X, 2008, 1, pp. 143-150.

¹² Cicerone, *De officiis*, I, 10, 33.

¹³ Si noti che il termine «equità» non traduce l'inglese *fairness*. Tale traduzione si è imposta a seguito della pubblicazione dell'edizione italiana di *Una teoria della giustizia* (si veda S. Maffettone, *Avvertenza del curatore*, in J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971), tr. it. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1982, p. 255, p. 9). *Fairness* rimanda a una gamma di significati più vicina a «correttezza reciproca fra le parti», «imparzialità», «onestà nel giudicare», in un senso, al limite, più simile a «giusto» come contrario di «sbagliato», e non di «ingiusto».

¹⁴ *Proverbi*, 1, 2-6.

¹⁵ R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977), tr. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982, p. 203.

¹⁶ Si veda J. Selden, *Equity*, in *Table-Talk: Being the Discourses of John Selden*, 38, 2, J.M. Dent, London 1689, p. 44.

¹⁷ U. Scarpelli, *Classi logiche e discriminazione dei sessi*, in «Lavoro e diritto» 1988.

¹⁸ Secondo Leibniz: «nessun fatto può essere vero o esistente e nessuna proposizione vera, senza che vi sia una ragione sufficiente perché sia così e non altrimenti, per quanto queste ragioni il più delle volte non possano esserci conosciute» (G.W. Leibniz, *Monadologie* (1714), tr. it. *Monadologia*, 32, in Id., *Scritti filosofici*, UTET, Torino 1967, vol. I, p. 288). Si veda F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, pp. 26ss.

stessa colpa¹⁹.

Secondo Roberto Bin il sindacato di ragionevolezza applicato alle questione di eguaglianza non sarebbe molto diverso dal più classico ragionamento per analogia²⁰, fondato, secondo Letizia Gianformaggio sul «nucleo razionale dell'idea di giustizia distributiva, cioè l'eguaglianza, che non soccorre solo nell'applicazione delle regole ma anche nella loro produzione»²¹. Ciò naturalmente non esclude che – e Hart ne è ben consapevole – il criterio richiamato sia «instabile e variabile»²²; ne è un esempio il caso della giurisprudenza italiana in materia di punizione del solo adulterio femminile. Posta davanti ad una questione di costituzionalità nel 1961 la Corte giunge alla conclusione che «la norma impugnata, dal punto di vista della sua legittimità costituzionale, nulla presenta nel suo contenuto e nelle sue finalità che possa qualificarla come violazione del principio di eguaglianza. Con tale norma non è stata creata a carico della moglie alcuna posizione di inferiorità, ma soltanto è stato preso atto di una situazione diversa, adattandovi una diversa disciplina giuridica. Che poi tale disciplina soddisfi ogni esigenza e sia mezzo idoneo e sufficiente per le finalità prese in considerazione, è questione di politica legislativa, non di legittimità costituzionale»²³. La questione, posta nuovamente alla Corte nel 1968, in un clima politico profondamente mutato, fu accolta con la seguente motivazione: «la Corte ritiene pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del Codice penale non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità»²⁴.

d. Irragionevole come immorale. In un quarto significato, irragionevoli sono gli atti contro i *dictamina rectae rationis*. Il giusnaturalismo antico e il giusrazionalismo moderno concordano sulla possibilità di fondare il complesso di norme che costituiscono il diritto su verità conoscibili dalla ragione escludendo quelle leggi che, secondo Gustav Radbruch mancherebbero del «senso della verità»²⁵ inteso come – siamo all'indomani della seconda guerra mondiale – freno agli «ordini criminali di

¹⁹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), tr. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002, p. 185.

²⁰ R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2, 2002, pp. 115ss. Si noti che tale posizione è tutt'altro che condivisa dalla letteratura, oggi, piuttosto orientata a definire quello di ragionevolezza come una sorta di principio ordinatore del diritto, ricorrendo a osservazioni entusiastiche al limite del mistico, come ad esempio: «Non vi è studioso che, per quanto sensibile ai rischi insiti in un ricorso sempre più massiccio all'incerto ed imprevedibile (e perciò incontrollabile) criterio in esame, giunga a negare (o anche seriamente contestare) la necessità di avvalersene per conferire effettiva portata normativa alle disposizioni costituzionali (e segnatamente alle disposizioni di principio), e dunque per garantire la stessa rigidità costituzionale» (L. D'Andrea, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000, p. 22). Oppure: «è vero che un diritto ragionevole – per la discrezionalità (e dunque l'incertezza) che caratterizza la sua determinazione – è “meno” oggettivo, ma in ogni caso – godendo di una legittimazione intersoggettiva – esso appare “più” giusto» (A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in «Politica del diritto» XXXVII, 1, 2006, p. 170, corsivo dell'autore).

²¹ L. Gianformaggio, *Analogia*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, I, UTET, Torino 1987, p. 325.

²² Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 187.

²³ 64/1961.

²⁴ 126/1968.

²⁵ G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und bergesetzliches Recht* (1946), tr. it. *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Iori, Raffaello Cortina, Milano 2002, p. 157.

tiranni disumani»²⁶.

e. *Irragionevole come inflessibile*. In un quinto significato irragionevoli sarebbero gli atti del governante incapace di prendere in considerazione le «ragioni» degli altri: «fa onore a un uomo, per quanto sapiente egli sia, continuare a imparare senza chiudersi nell'ostinazione»²⁷ dice Emone a suo padre Creonte per tentare di scongiurare la condanna a morte di Antigone contro l'opinione diffusa della città. «Esser ragionevole» sostiene Nicola Abbagnano «significa, nella lingua corrente, rendersi conto delle circostanze e delle limitazioni che esse comportano con la rinuncia ad un atteggiamento, teoretico o pratico, di assolutismo»²⁸.

Queste ultime due accezioni di ragionevolezza – come una sorta di «giustizia razionale» e come «flessibilità» – costituiscono i due significati prevalenti nella letteratura teorico giuridica che va comunemente sotto il nome di «neocostituzionalismo». Tale espressione, coniata nel contesto della filosofia del diritto genovese²⁹ e poi diffusasi nel dibattito italiano, spagnolo e latinoamericano³⁰, indica una corrente del pensiero giuridico accomunata dalla critica al positivismo giuridico³¹, dalla tesi della connessione necessaria fra la morale e il diritto, dall'idea che l'interpretazione giuridica consista primariamente in un processo di bilanciamento fra principi e dalla tesi metaetica di stampo oggettivista. Ovviamente, non tutti gli autori che vengono fatti rientrare in questa categoria concordano pacificamente sui diversi problemi di teoria e di metateoria del diritto; resta però una sostanziale consonanza sui punti sopra elencati e su alcuni corollari, come quello per cui la scienza giuridica sarebbe una scienza eminentemente pratico-normativa e non teorico-descrittiva³².

Nel tentativo di ricostruire una teoria della ragionevolezza neocostituzionalista, mi concentrerò sulle due figure del governante *immorale* e del governante *inflessibile*.

3. Il governante *immorale*: bilanciamento e decisione corretta

²⁶ Ivi, p. 156.

²⁷ Sofocle, *Antigone*, 680.

²⁸ N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, UTET, Torino 1998, p. 896.

²⁹ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 2001; P. Comanducci, *Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, a cura di M. Bianchini, G. Viarengo, Giappichelli, Torino 1999; M. Barberis, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in «Ragion pratica», 14, 2000.

³⁰ Si vedano, tra gli altri, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di T. Mazzaresse, Giappichelli, Torino 2002, *Neoconstitucionalismo(s)*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid 2003; M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 29-37; M. Atienza, P. Chiassoni, *Debate sobre el positivismo jurídico. Un intercambio epistolar. Con un comentario de Álvaro Núñez Vaquero*, in «Analisi e diritto», 3, 2010; gli interventi di M. Dogliani, M. Atienza, R. Guastini e P. Salazar Ugarte raccolti in *Neo-costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?*, in «Teoria politica», n.s., Annali I, 2011. Mauro Barberis ha recentemente fatto notare alcuni punti di contatto tra gli usi dell'espressione neocostituzionalismo e quella anglosassone di *New Constitutionalism*; si veda M. Barberis, *Neocostituzionalismo, democrazia e pluralismo dei valori*, relazione presentata al convegno *Democrazia o diritto?* svoltosi a Trieste l'11 e 12 ottobre 2011.

³¹ Scelgo qui di occuparmi esclusivamente di quello che Luigi Ferrajoli ha recentemente definito «neocostituzionalismo principialista» in opposizione al «neocostituzionalismo garantista» (L. Ferrajoli, *Neocostituzionalismo principialista e neocostituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, 3).

³² Si veda R. Guastini, *A proposito di neo-costituzionalismo*, in «Teoria politica», n.s., Annali I, 2011, p. 149.

Per comprendere che cosa significa ragionevole nel senso di «conforme a ragione pratica» e quindi in certo senso «buono» o (moralmente) «giusto», propongo qui di seguito l'analisi di un recente saggio di Robert Alexy, intitolato *The Reasonableness of Law*³³.

Attraverso la lettura di von Wright e di Rawls, Alexy giunge a una definizione di ragionevolezza per contrapposizione a razionalità: la prima riguarderebbe il buono e il giusto in senso morale, la seconda la correttezza logica e l'efficienza dei mezzi rispetto ai fini. Nel ragionamento di Alexy, però, si sovrappongono almeno quattro significati diversi e piuttosto intuitivi dell'opposizione razionale-ragionevole. Dico intuitivi perché sono tutti riconducibili a una forma di attenuazione (più o meno esplicita) del ragionevole rispetto al razionale, riscontrabile dal ricorso al suffisso *-evole* che, come il latino *-abile*, ha nelle lingue romanze la funzione di attenuare la radice a cui si accompagna con l'idea della possibilità, dell'eventualità, della relatività.

a. In un primo ambito di significati la razionalità dell'*oggetto* viene contrapposta alla ragionevolezza del *soggetto*. Tale significato, appena accennato e poi subito abbandonato da Alexy, è forse quello più diffuso nel linguaggio comune. Nel *Dizionario della lingua italiana* di Devoto e Oli si parla di ragionevole come «dotato di facoltà razionali, [...] opportuno, conveniente, in quanto ispirato a un giusto criterio di valutazione, [...] di persona, che dimostra equilibrio, sensatezza, misura nelle sue richieste o nei suoi giudizi»³⁴. Diversamente, del razionale si dice: «provvisto di ragione, come facoltà peculiare dell'uomo, [...] relativo alla ragione, in quanto corrispondente a un'esigenza di logicità, di sistematicità, o di rigore scientifico, di congruenza e funzionalità»³⁵. In questi termini, là dove *ratio* è usato nel senso di calcolo logico, *rationabile* (ragionevole) è colui che ha la facoltà di usare la *ratio*. Razionale sarebbe da designarsi il calcolo e, se corretto, il suo risultato, mentre ragionevole il soggetto calcolante.

b. In un secondo significato, l'opposizione razionale-ragionevole prende la forma della contrapposizione *necessità-possibilità*. Non siamo più sul terreno del problema di «chi è ragionevole (o si comporta ragionevolmente)» ma di «che cosa è ragionevole». L'espressione «ragionevole certezza» (o al contrario «ragionevole dubbio»), rimanda alla presenza di argomenti sufficientemente concludenti. Questo è il senso in cui Alexy afferma che il concetto di ragionevolezza ha «una funzione simile a quello di verità»³⁶ ma in un ambito diverso. Non ci si interroga sulla verità dell'asserzione «fuori piove» quanto sulla ragionevolezza – che sembra qui corrispondere presenza di sufficienti ragioni – dell'asserto «fumare in un luogo pubblico è (moralmente) errato»; secondo Alexy, dunque, a giustificare tale affermazione sarebbe la ragionevole certezza che il fumo nuoce alla salute. Mi corre l'obbligo di rilevare, in tale ragionamento, la presenza di una fallacia naturalistica, e cioè della derivazione da un giudizio di fatto di un giudizio di valore, ma la cosa non sembra turbare Alexy, convinto della necessità di abbandonare il principio positivista dell'avalutatività della scienza giuridica.

c. Ricollegandosi a von Wright, Alexy ricorre ad una terza opposizione, questa volta

³³ R. Alexy, *The Reasonableness of the Law*, in *Reasonableness and Law*, edited by G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini, Springer, Dordrecht 2009.

³⁴ Devoto-Oli, *Dizionario della lingua italiana*, UTET, Torino 1997, p. 2541.

³⁵ Ivi, p. 2562.

³⁶ Ivi, p. 7.

più esplicita: la razionalità si predica dei *mezzi*, la ragionevolezza dei *fini*³⁷. Il riferimento qui è alla *Zweckrationalität* weberiana, relativa all'adeguatezza dei mezzi ai fini, contrapposta alla «ragione pratica» di chi si interroga sulla correttezza morale (cioè in sostanza sulla bontà) dei fini stessi. Questo è il senso del riferimento di Alexy a von Wright e alla sua affermazione per cui la ragionevolezza avrebbe a che fare con «the right way of living» e con «what is good or bad for man»³⁸. Si noti come qui *right* si riferisca esplicitamente ad una (presunta ma da lui assunta) nozione di «correttezza morale» *in sé*: un comportamento *ragionevole* – ciò che è bene o male per gli uomini – è secondo Alexy ricavabile attraverso criteri oggettivi, o comunque non soggettivi³⁹.

d. Una quarta e ultima pista per la distinzione fra razionale e ragionevole, Alexy la ricava dal Rawls di *Liberalismo politico*. A partire da una discutibile interpretazione di Kant, razionale sarebbe un giudizio *di fatto* tipico degli imperativi ipotetici, mentre quello di ragionevolezza sarebbe un giudizio *di valore* come nel caso degli imperativi categorici. La ragionevolezza avrebbe dunque a che fare con i giudizi pratici e sarebbe il criterio proprio del ragionamento morale.

La ragionevolezza, questo il punto di arrivo dell'impalcatura di Alexy, è il criterio di validità dei giudizi di valore, rappresentato dal ragionamento pratico per eccellenza: il bilanciamento⁴⁰ fra valori morali o principi giuridici, tra i quali vi sarebbe una corrispondenza strutturale⁴¹. Il bilanciamento sarebbe una procedura non strettamente deduttiva⁴² che mira all'accettabilità di una decisione morale. È a questo punto che Alexy recupera alcune delle sue tesi più celebri per giustificare l'analisi della ragionevolezza dei *fini* del diritto come momento fondamentale dell'interpretazione giuridica e quindi – sempre secondo Alexy – del lavoro di giudici e giuristi: ogni sistema giuridico, così come le norme che lo compongono, avanza una pretesa di correttezza formale (*claim to correctness*⁴³), nel senso che una qualsiasi norma implica una pretesa di giustificazione (*claim to justification*) basata su ragioni⁴⁴. Ciò equivale in qualche modo a parlare di diritto in termini di «impresa razionale», cioè sostenere che – cito Letizia Gianformaggio – «se io asserisco, ad esempio, che Tizio ha commesso il reato R, io intendo che “c'è una ragione” per la quale il comportamento di Tizio è il “reato R”»⁴⁵. Ma, come è noto, Alexy va oltre, sostenendo la tesi della connessione necessaria fra morale e diritto⁴⁶, pena trasformare tale *claim* in una contraddizione performativa in cui il legislatore nell'atto di emanare un provvedimento ne affermerebbe contemporaneamente l'ingiustizia (morale).

³⁷ Ivi, p. 5.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Ivi, p. 13.

⁴⁰ Ivi, p. 8.

⁴¹ La tesi dell'equivalenza fra principi e valori è sostenuta da Alexy in diverse opere, fra cui *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), tr. it. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. 79.

⁴² Alexy, *The Reasonableness of the Law*, cit., p. 13.

⁴³ Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 38.

⁴⁴ R. Alexy, *Discourse Theory and Human Rights*, in «Ratio Juris», 3, 1996, p. 215.

⁴⁵ L. Gianformaggio, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, p. 97.

⁴⁶ R. Alexy, *On Necessary Relation between Law and Morality*, in «Ratio Juris», 2, 1988.

Attraverso la tesi della connessione pragmatica fra diritto e morale⁴⁷, Alexy prende le distanze dall'idea intuitiva e consolidata (comune anche a von Wright e Rawls⁴⁸) per cui la ragionevolezza sarebbe una forma depotenziata di razionalità. Per Alexy la risposta corretta a un conflitto fra principi scaturirebbe dal processo razionale (ma anche giusto) del bilanciamento fra essi. Una decisione *giusta*, allora, sarebbe nei termini di Alexy una decisione *giustificata* da una procedura (discorsiva) elaborata alla luce della trasformazione operata dall'inclusione nelle carte costituzionali di valori morali sotto forma di principi⁴⁹.

In questo senso la teoria di Alexy si avvicina moltissimo a quella di Ronald Dworkin, secondo il quale l'attività dell'interprete sarebbe quella di «garantire un risultato moralmente difendibile»⁵⁰, riconoscendo l'ampio margine di giudizio necessario a chi deve ponderare principi, consuetudini e, non meglio qualificati, «*standards* di razionalità, giustizia ed efficacia»⁵¹.

Il primo significato di ragionevolezza della legge all'interno di una teoria del diritto neocostituzionale è dunque: *ragionamento pratico di ponderazione e bilanciamento fra principi (o valori) mirato alla «risoluzione corretta» di un caso concreto*.

4. Il governante *inflessibile*: bilanciamento e ragione argomentativa

In una seconda gamma di significati, altrettanto ampia e non sempre in contrasto con la precedente, l'espressione «ragionevolezza» ricorre nella letteratura giuridica per designare l'atteggiamento «antiassolutista» dell'interprete della legge negli stati costituzionali. Secondo Gustavo Zagrebelsky, ad esempio, la mitezza è l'atteggiamento di chi prende in carico anche le «ragioni degli altri»:

La problematica coesistenza tra i vari aspetti costitutivi del diritto (diritti, giustizia, legge) e l'adeguatezza tra casi e regole richiedono un particolare atteggiamento spirituale da parte di chi opera giuridicamente. Questo atteggiamento che è in stretto rapporto con il carattere pratico del diritto, si denomina «ragionevolezza» per alludere sempre alla necessità di uno spirito di «adattamento» di qualcuno, rispetto a qualcosa o a qualcun altro, in modo di evitare conflitti attraverso soluzioni che soddisfino tutti nella maggior misura consentita dalle circostanze. «Ragionevole», anche nel linguaggio comune («sii ragionevole!»), è colui che si rende conto della necessità, in vista della coesistenza, di addivenire a «composizioni» in cui vi sia posto non per una sola, ma per tante «ragioni»⁵².

Il richiamo a una qualche forma di «ragionevolezza» al fine di trovare risoluzioni alle controversie in società plurali accomuna anche le due teorie della ragione pratica più influenti del secondo dopoguerra: la *ragione pubblica* di Rawls e la *ragione discorsiva* di Habermas⁵³. Non è questo il luogo per ricostruire le caratteristiche specifiche delle

⁴⁷ Per una critica di tale tesi si veda Guastini, *A proposito di neo-costituzionalismo*, cit., p. 150, E. Bulygin, *Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality*, in «Ratio Juris», 2, 2002.

⁴⁸ Alexy, *The Reasonableness of the Law*, cit., p. 6.

⁴⁹ R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 2002.

⁵⁰ R. Dworkin, *Law's Empire* (1986), tr. it. *L'impero del diritto*, Il saggiatore, Milano 1989, p. 157.

⁵¹ R. Dworkin, *Taking rights seriously* (1977), tr. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982, p. 104.

⁵² G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, p. 203.

⁵³ Si noti, preliminarmente, che le posizioni di Rawls e Habermas differiscono da quella di Zagrebelsky

due teorie, la loro evoluzione interna e i rapporti reciproci⁵⁴, documentati da uno dei più interessanti dibattiti filosofici degli ultimi anni⁵⁵.

Ciò che risulta particolarmente rilevante per il nostro ricorso sono i tratti comuni alle due maestose costruzioni filosofiche. Per Rawls, la teoria della «giustizia come equità» – *fairness*, non *equity* – nelle sue diverse formulazioni ha come preconditione necessaria l'atteggiamento «ragionevole» dei cittadini delle democrazie costituzionali contemporanee. Questo «sottende il desiderio di impegnarsi in un'equa cooperazione in quanto tale, e di farlo a condizione che gli altri, in quanto uguali, possano prevedibilmente farlo»⁵⁶. L'etica del discorso habermasiana, invece, si concentra attorno all'assunto per cui la «validità» di una norma morale dipende dai vincoli iniziali alla procedura discorsiva razionale attraverso la quale essa viene formulata⁵⁷. Il termine «validità» per Habermas è sinonimo di accettabilità universale in un'ottica deontologica e cognitivista. Il principio *U* è un principio morale imparziale che riconosce una norma come valida nel caso in cui «tutti possono accettare liberamente quelle conseguenze e quegli effetti secondari che si prevedono derivare, per la soddisfazione degli interessi di *ciascun singolo individuo*, da un'osservanza *universale* della norma discussa»⁵⁸. Tanto nel pensiero di Rawls quanto in quello di Habermas, è presente il ricorso a giudizi sulla razionalità dei *fini*, partendo dal presupposto che la scelta attorno ai valori ultimi non è, e non deve essere, di tipo emotivo. La «giustizia come equità» ha come risultato la formulazione di principi di giustizia⁵⁹, in vista del buon ordine di società complesse e

che, nel passo citato, parla di soluzioni «ragionevoli» che «soddisfanno tutti nella maggior misura consentita dalle situazioni». La teoria del «consenso per intersezione» di Rawls non serve a trovare compromessi, quanto a escludere le posizioni «irragionevoli» dal dibattito pubblico. Si veda J. Rawls, *Political Liberalism* (1993), tr. it. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Torino 1999, p. 31.

⁵⁴ Per un'interessante ricostruzione delle linee principali dei due percorsi filosofici si vedano i capitoli 1 e 2 di A. Ferrara, *Giustizia e giudizio*, Laterza, Roma-Bari 2000.

⁵⁵ Si veda J. Habermas, *Reconciliation through the public use of reason: Remarks on John Rawls's Political liberalism* (1995), tr. it. *Per la critica del liberalismo politico di John Rawls*, in «Micromega», 1996; J. Rawls, *Reply to Habermas* (1995), tr. it. *Risposta a Jürgen Habermas*, in «Micromega», 1996. A tale proposito si veda anche J. Habermas, *Die Moral der Weltbilder – Vernunft und Wahrheit in Rawls politischem Liberalismus?* (1996), tr. it. *L'insostenibile contingenza della giustizia*, in «Micromega», 5, 1996; Ferrara, *Giustizia e giudizio*, cit., pp. 44ss.

⁵⁶ Rawls, *Liberalismo politico*, cit., p. 133. Si veda anche Id., *The Idea of Public Reason Revisited* (1997), tr. it. *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, in Id. *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Torino 2001, pp. 220ss.

⁵⁷ Relativamente alla nozione habermasiana di «razionalità formale» si veda J. Habermas, *Recht und Moral* (1986), tr. it. *Diritto e morale*, in Id., *Morale, Diritto e Politica*, Edizioni di Comunità, Torino 2001. Si veda anche S. Petrucciani, *Introduzione a Habermas*, Laterza, Roma-Bari, 2000, soprattutto pp. 139ss.

⁵⁸ J. Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln* (1983), tr. it. *L'etica del discorso*, Laterza, Roma-Bari 1985, p. 103. Anche la teoria habermasiana è stata rivista e modificata negli anni dal suo stesso autore. In *Fatti e norme*, ad esempio, il principio *U* viene ricompreso in un principio discorsivo più generale. Secondo il cosiddetto principio *D* «sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati possono approvare partecipando a discorsi razionali». (J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates* [1992], tr. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano 1996, p. 131).

⁵⁹ Il primo principio di giustizia afferma che «ogni persona ha uguale diritto al più esteso sistema totale di eguali libertà fondamentali compatibile con un simile sistema di libertà per tutti»; il secondo che «le ineguaglianze economiche e sociali devono essere: a) per il più grande beneficio dei meno avvantaggiati, compatibilmente con il principio di giusto risparmio, e b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti in condizioni di equa eguaglianza di opportunità». (Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 255).

plurali. L'«etica del discorso», invece, giunge all'elaborazione di vincoli formali alle procedure discorsive, la cui universalità, neutralità e inclusività sarebbero garanzia del buon esito della deliberazione, e non solo, come parrebbe lecito pensare, dell'eguaglianza formale nell'accesso alle decisioni pubbliche⁶⁰.

Tali posizioni richiamano in causa il concetto di *ragione argomentativa*, vicino alla retorica degli antichi, guardato con sospetto dagli scienziati moderni⁶¹ e impostosi nuovamente nel dibattito filosofico soprattutto con il movimento tedesco della cosiddetta «riabilitazione della filosofia pratica»⁶². La razionalità argomentativa consiste in un processo di giustificazione di determinati assunti, significa addurre «ragioni»⁶³, nel senso di argomenti e non di dimostrazioni, a sostegno di una tesi. Tali «ragioni» assomigliano alle «credenze e certezze del senso comune» di cui parlava Wittgenstein o al «sapere pratico» dei neoaristotelici di scuola heideggeriana. Nella teoria contemporanea del diritto si tratta piuttosto degli strumenti della cosiddetta «teoria dell'argomentazione giuridica» che prende le mosse dagli studi di Perelman⁶⁴, dove per ragioni argomentative e persuasive si intendono proprio quelle «prove» irriducibili all'evidenza dimostrativa. Parafrasando Perelman, Silvia Zorzetto sostiene: «la tesi centrale della nuova retorica afferma che è ragionevole anzitutto ciò che suscita l'adesione dell'uditorio universale, ciò che persuade l'uditorio privilegiato immaginato dal retore come composto da individui ragionevoli; qui ragionevolezza e persuasione sono, per così dire, due facce della stessa medaglia»⁶⁵.

Le diverse teorie che ricorrono a un uso della ragione argomentativa hanno, allora, due conseguenze frequenti: a. l'accantonamento, quando non l'archiviazione, della ragione dimostrativa in favore di forme «logiche non deduttive». La razionalità rigorosa⁶⁶ come strumento del ragionamento politico non sembra poter garantire la pacifica convivenza di interessi e valori tanto diversi come accade nelle democrazie

⁶⁰ Sul tema dei cosiddetti «falsi proceduralismi» si veda A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003, pp. 76 e ss.

⁶¹ Secondo Jean-Pierre Vernant «questa ragione verbale è spesso e volentieri giustificatoria, per non dire teologica. Invece di indagare sul reale per stabilire in quale misura le nostre teorie ne rendono conto, si assume il compito di elaborare, al livello del discorso, un argomento al termine del quale tutti i problemi appaiano risolti, tutte le contraddizioni eliminate o superate» (J.P. Vernant, *Entre mythe et politique* [1996], tr. it. *Tra mito e politica*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1998, p. 81).

⁶² Si veda M. Riedel, *Rehabilitation der praktischen Philosophie*, Rombach, Freiburg 1972-74.

⁶³ M. Atienza, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2006, pp. 203ss.

⁶⁴ Non si sta qui sostenendo che l'elaborazione di Wittgenstein del concetto di «seguire una regola» sia equivalente all'ermeneutica di Gadamer o alla «nuova retorica» di Perelman. Tali teorie differiscono profondamente se si guarda tanto ai risvolti epistemologici quanto a quelli morali; l'orizzonte comune però è una profonda diffidenza nei confronti della possibilità di impiegare la razionalità scientifica e dimostrativa in campo pratico. Chiunque abbia dimestichezza con il pensiero di Wittgenstein sa che le riflessioni delle *Ricerche filosofiche* (*Philosophische Untersuchungen* [1953], tr. it. Einaudi, Torino 1967) poggiano sulle conclusioni del *Tractatus Logico-Philosophicus* (1922, tr. it. Einaudi, Torino 1989) dove viene esclusa la possibilità di usare la logica deduttiva in tutti gli ambiti non strettamente scientifici. La lapidaria conclusione della sua opera più famosa recita: «di tutto ciò che non si può parlare, bisogna tacere».

⁶⁵ S. Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, FrancoAngeli, Milano 2008, p. 20.

⁶⁶ Parlando della retorica neoconservatrice contemporanea Ota de Leonardis nota che oggi «vengono sottolineati i limiti della regolazione statuale, la sua ipertrofia, la sua distanza dai cittadini e l'irragionevolezza del criterio di razionalità su cui si fonda» (O. de Leonardis, *In un diverso welfare. Sogni e incubi* [1998], Feltrinelli, Milano 2002, p. 10).

contemporanee⁶⁷; *b.* la ricostituzione di nuovi criteri, che vanno appunto sotto il nome di ragionevolezza, per individuare la *migliore* forma di convivenza possibile.

Tali assunzioni sono frequenti nella teoria giuridica contemporanea dove accompagnano un processo di sostituzione delle garanzie formali, tipiche delle concezioni giuspositiviste dello «stato di diritto», con nuove assunzioni cognitive⁶⁸ che si vogliono più funzionali alla risoluzione di controversie all'interno dei contemporanei stati costituzionali. In questo quadro, la «ragionevolezza» del diritto si desume da letture morali dei testi costituzionali e della positivizzazione dei diritti fondamentali che Dworkin giunge a chiamare *creatures of morality*⁶⁹.

Il secondo significato di ragionevolezza della legge all'interno di una teoria del diritto neocostituzionale è dunque: *risultato di ragionamenti argomentativi a partire dall'interpretazione morale dei diritti fondamentali compresi nelle costituzioni contemporanee*.

5. Neocostituzionalismo e oggettivismo etico

Alla ricerca di caratteristiche comuni ai diversi significati del lemma «ragionevolezza» proposti dai diversi autori neocostituzionalisti mi sembra di poter affermare che vi sia, prima di tutto, un sostanziale accordo sull'oggettivismo etico come metaetica di riferimento. «Ragionevole» sarebbe quella caratteristica delle leggi e delle sentenze che le rende compatibili con l'impianto morale delle costituzioni: «ragionevolezza» corrisponde insomma a correttezza etica, a giustizia in senso morale. I teorici della ragionevolezza fanno derivare la legittimità dei principi costituzionali da una ragione depotenziata rispetto al giusrazionalismo moderno, piuttosto che dalla loro validità nell'ordinamento, frutto di battaglie politiche.

Ciò appare criticabile sia sul piano descrittivo sia su quello normativo.

Sembra oggi condivisa la tesi per cui le scelte di valore non sono frutto di dimostrazione⁷⁰. I neocostituzionalisti, però, ritengono che ciò equivalga a dire che

⁶⁷ Quella del «fatto del pluralismo» è una tesi di Rawls: «una società democratica moderna non è caratterizzata soltanto da un pluralismo di dottrine religiose, filosofiche e morali comprensive, ma da un pluralismo di dottrine comprensive incompatibili e tuttavia ragionevoli. Nessuna di queste dottrine è universalmente accettata dai cittadini; né c'è da attendersi che in un futuro prevedibile una di esse, oppure qualche altra dottrina ragionevole, sia mai affermata da tutti i cittadini, o da quasi tutti. Il liberalismo politico assume che, ai fini della politica, una pluralità di dottrine comprensive ragionevoli ma incompatibili sia il risultato normale dell'esercizio della ragione umana entro le libere istituzioni di un regime democratico costituzionale» (Rawls, *Liberalismo politico*, cit., p. 5).

⁶⁸ Tale risvolto vale evidentemente anche per Rawls, a proposito del quale si veda D. Estlund, *The Insularity of the Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit the Truth*, in «Ethics», 118, 2, 1998. Per un'interpretazione delle tesi rawlsiane in ottica pragmatista e non-cognitivistica si veda R. Rorty, *The Priority of Democracy to Philosophy* (1988), tr. it., *La priorità della democrazia sulla filosofia*, in G. Vattimo (a cura di), *Filosofia*, 86. *Secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari 1987; R. Bernstein, *The New Constellation: Ethical-political Horizons of Modernity/postmodernity* (1991), tr. it. *La nuova costellazione. Gli orizzonti etico-politici del moderno/postmoderno*, Feltrinelli, Milano 1994, soprattutto cap. 8.

⁶⁹ R. Dworkin, *A Reply by Ronald Dworkin*, in *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, edited by M. Cohen, Rowman & Allanheld, Totowa 1984, p. 256. Si veda anche A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid 2009 e per una critica F. La porta, *El imperio del ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid 2007, p. 71, dove si parla dei diritti come «criaturas del poder».

⁷⁰ Del resto, già David Hume rilevava: «Alcuni filosofi si sono laboriosamente impegnati a diffondere

esse derivino dall'accordo universale e ragionevole e non dalla persuasione. Eppure appariva chiaro già ai sofisti come tale accordo non possa mai essere davvero universale e definitivo. Nel *Teeteto* di Platone, ad esempio, le tesi sofiste sembrano un manifesto *ante litteram* del «relativismo»:

ciò che a ciascuna polis appare giusto e bello, questo è anche per essa giusto e bello, finché lo reputi tale⁷¹.

Più avanti, per bocca di Socrate, Platone ribadirà tale argomento, affermando che «al giusto e all'ingiusto, al santo e al non santo, i seguaci di Protagora sostengono deliberatamente che nessuna di codeste cose esiste per natura con essenza sua propria, bensì l'opinione che comunemente se ne ha, diviene ella opinione vera nel momento in cui si opina e per tutto il tempo che si opina»⁷². In termini simili, secondo Alf Ross:

Il diritto naturale cerca l'assoluto, l'eterno, ciò che deve rendere il diritto qualcosa di più che una creazione dell'uomo e che esonera il legislatore dalle penose responsabilità della decisione. La fonte della validità trascendente del diritto è stata trovata o in una legge magica del fato o nella volontà di Dio o nel sapere assoluto della ragione. Ma l'esperienza mostra che le dottrine costruite dagli uomini su questo fondamento, ben lungi dall'essere eterne ed immutabili, sono mutate a seconda dei tempi, dei luoghi e delle persone⁷³.

Passando alle critiche prescrittive al neocostituzionalismo, si ripropongono i problemi già tipici del giurazionalismo. L'oggettivismo etico, infatti, rischia di cadere in contraddizione con i principi di tolleranza e pluralismo che tenta di salvaguardare, come era successo all'antidogmatica ragione illuminista, divinizzata durante il terrore giacobino⁷⁴. L'abbandono degli strumenti consolidati del positivismo giuridico, inoltre, rischia di sottrarre l'analisi delle norme alla verifica di conformità con le regole formali e sostanziali di produzione del diritto. Senza gli strumenti della razionalità formale, in altre parole, non sembra possibile perseguire gli standard di certezza, coerenza ed eguaglianza formale alla base dello «stato di diritto». Pretendere che sia la *giustizia morale* – qualsiasi cosa si intenda con tale espressione – a porre limiti all'arbitrio dei governanti sembra una pretesa quanto meno ambiziosa; più ragionevole – questa volta nel senso di probabilmente più utile allo scopo – sembra la strada della difesa dello stato di diritto, sia pure con le nuove garanzie proprie della rigidità delle costituzioni e del sindacato di costituzionalità.

A questo punto, però, resta da rispondere alla contro obiezione di chi ricorda che il neocostituzionalismo può essere interpretato come una forma di oggettivismo morale in qualche modo «situato»: una morale oggettivamente valida qui e ora in quanto largamente approvabile in epoca di ampio consenso nei confronti degli ideali

l'opinione che la morale sia suscettibile di dimostrazione, e per quanto nessuno di essi sia mai stato capace di progredire di un solo passo in queste dimostrazioni, pur tuttavia danno per scontato che questa scienza possa essere portata a una certezza eguale a quella della geometria e dell'algebra» (D. Hume, *A Treatise of Human Nature* [1739], tr. it. *Trattato sulla natura umana*, III, I, 1, in Id., *Opere*, vol. I, Laterza, Roma-Bari 1971, p. 490).

⁷¹ Platone, *Teeteto*, 167c.

⁷² *Ivi*, 172b.

⁷³ A. Ross, *On Law and Justice* (1959), tr. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 2001, p. 241.

⁷⁴ A tale proposito si vedano le riflessioni di Remo Bodei in *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico* (1991), Feltrinelli, Milano 2007, pp. 479ss.

democratici e di difesa dei diritti umani. Tale visione, però, non solo appare pericolosamente ottimista ma sembra anche un potente strumento di giustificazione dell'esistente⁷⁵ attraverso categorie razionali.

Norberto Bobbio ebbe a notare che la giustificazione razionale del reale accomuna – l'accostamento è tanto insolito quanto calzante – la difesa degli Stuart da parte di Hobbes e quella dello stato burocratico prussiano di Hegel. Proprio a proposito di Hobbes, Bobbio afferma:

Quel che i suoi contemporanei non poterono comprendere fu che il Leviatano era il grande stato moderno, che nasceva dalle ceneri della società medievale. Presero il suo autore per uno scettico, un cinico, sinanco un libertino, mentre era prima di tutto un osservatore spregiudicato che assisteva, umanamente inorridito ma filosoficamente impassibile, alla nascita di un grande evento di cui cercò di capire le cause e il fine. E fu tanto convinto dell'esattezza geometrica della sua costruzione da presentare una descrizione – in ciò simile a Hegel – come una giustificazione, il reale come razionale, quello che era come quello che doveva essere. Come tutti i realisti, a furia di irridere coloro che scambiano i loro desideri per realtà, anche Hobbes finì come Hegel per scambiare la realtà più crudele per ciò che vi è di più desiderabile⁷⁶.

⁷⁵ Secondo Riccardo Guastini, «La tesi che il diritto nasca non dai legislatori, ma dai “costumi”, dalla “coscienza sociale”, dalle “dinamiche” della società, e simili – a meno di circoscrivere inopinatamente la nozione di diritto alle sole norme consuetudinarie – non solo è storicamente falsa, ma è anche simpaticamente reazionaria. Implica, tanto per dire, che il *Code Napoléon*, pur avendo fatto tabula rasa dei rapporti feudali, sia maturato proprio nei costumi della società feudale. E questo è il suo lato storicamente falso. Ma implica anche che nessuna riforma del diritto vigente sia mai possibile (o legittima) fino a che la necessità della riforma stessa non si sia manifestata nei costumi e/o nella coscienza sociale. E questo è il suo lato reazionario» (R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2, 2007, p. 1374).

⁷⁶ N. Bobbio, *La teoria politica di Hobbes* (1980), in Id., *Thomas Hobbes* (1989), Torino, Einaudi 2004, p. 66.